

Diritto Civile Contemporaneo

Rivista trimestrale *online* ad accesso gratuito ISSN 2384-8537

www.diritto civile contemporaneo.com

Anno III, numero I, gennaio/marzo 2016

La questione della compensabilità del credito «sub iudice» al vaglio delle Sezioni Unite. Il «giusto processo» oltre gli steccati codicistici?

Simone Alecci

La questione della compensabilità del credito «sub iudice» al vaglio delle Sezioni Unite. Il «giusto processo» oltre gli steccati codicistici?

di Simone Alecci

Cass. 11 settembre 2015, n. 18001, Rel. Vivaldi, immette nel caleidoscopio esegetico delle Sezioni Unite gli ingranaggi del meccanismo compensativo nell'ipotesi in cui uno dei crediti sia *sub iudice*. Il provvedimento di rimessione scaturisce dall'incursione all'interno del circuito giurisprudenziale di una recente pronuncia – Cass. 17 ottobre 2013 n. 23573, Rel. Frasca – che, dilatando con piglio iperbolico i principi di effettività e di concentrazione delle dinamiche giudiziali, ha audacemente scardinato quell'architrave interpretativa a dir poco monolitica postulante l'irriducibilità allo schema della compensazione del credito incagliato in una vicenda processuale non ancora definitivamente cristallizzata.

L'opportunità di chiamare in causa la giurisdizione di legittimità nella sua composizione più autorevole è ampiamente condivisibile, in quanto il tessuto motivazionale dell'eterodossa sentenza segnalata dall'ordinanza interlocutoria appare innervato da considerazioni di ordine sistematico pericolosamente fuorvianti. Ed infatti, mediante il pretesto argomentativo di non voler intaccare le interazioni tra diritto sostanziale e processo, l'orientamento giurisprudenziale di segno contrario a quello assolutamente prevalente ammette, livellando radicalmente il divario qualitativo e funzionale tra la fattispecie regolata dal primo e quella disciplinata dal secondo comma dell'art. 1243 c.c., l'elisione delle reciproche posizioni debitorie anche allorquando il credito opposto in compensazione sia oggetto di accertamento da parte di un giudice differente da quello investito della controversia relativa al credito principale.

L'esigenza di esaltare il congegno compensativo alla stregua di mezzo di difesa contro l'altrui pretesa creditoria, per quanto idealisticamente suggestiva, non può, tuttavia, prestarsi ad obnubilare il dettato codicistico distorcendone la caratura

strutturale. Se è vero il monito calviniano per cui i classici sono tali in quanto hanno sempre qualcosa da rivelare, allora può senz'altro tornare utile ripercorrere le coordinate delle più risalenti ricostruzioni dell'istituto in questione, raro esempio, peraltro, di netta convergenza tra formante dottrinale e pretorio.

Declinata nei termini di qualità intrinseca del credito (cfr. INZITARI, *Compensazione*, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Milano, 1993, V, 329), la compensazione restituisce l'immagine di un pendolo che accarezza, da un lato, il crinale – ad alta densità macroeconomica – della fluidità del paradigma circolatorio (assicurato, come schiettamente rilevato da TRINCHERI, *Note alle Pandette di Glück*, Milano, 1896, XVI, tit. II, § 928, evitando inutili spostamenti di moneta) e, dall'altro, il versante della funzione di garanzia che inevitabilmente si realizza a favore del soggetto che la oppone (profilo marcatamente illustrato da GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, 592). In altre parole, questo modo di estinzione del rapporto obbligatorio diverso dall'adempimento palpita entro le geometrie di un diaframma dialettico costituito da due poli, l'uno espressivo di un'istanza squisitamente super-individuale e l'altro recante i segni di un autentico potere di autotutela. Del tutto inconsistente, dunque, si mostra la sia pur ricorrente allusione – cui mostra di indulgere, riesumando studi romanistici d'Oltralpe, RAGUSA MAGGIORE, *Compensazione (Voce)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, VIII, 17 – al carattere equitativo della dinamica estintiva, considerato che la compensazione si sublima in uno “scambio di due liberazioni” susseguente alla neutralizzazione delle reciproche tensioni all'adempimento (il che consente di ascriverla senza indugio, sulle orme dell'insegnamento di MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, III, 498, al novero dei modi soddisfattori di estinzione del vincolo obbligatorio, in quanto, se è vero che le parti nulla percepiscono, è anche innegabile che nulla corrispondono di ciò che dovrebbero). Affinché l'elisione possa realizzarsi è necessario, oltre alla circostanza della diversità dei rapporti obbligatori interessati (ricorrendo altrimenti la fattispecie

della compensazione impropria, profondamente affine ad un mero accordo con effetti modificativi o estintivi) che i crediti contrapposti siano connotati da omogeneità, liquidità ed esigibilità. La limpidezza descrittiva del primo comma dell'art. 1243 c.c. non lascia adito ad alcun dubbio sul fatto che la compensazione prende forma *ope legis* nel momento della coesistenza delle reciproche posizioni debitorie sino al limite, chiaramente, della loro concorrenza. In difetto di anche uno solo di tali requisiti l'ingranaggio compensativo non può in alcun modo innescarsi, poiché il suo perfezionamento si giustifica esclusivamente alla luce di presupposti (quali sono l'omogeneità, la liquidità e l'esigibilità dei rispettivi crediti) la cui compatibilità con il paradigma dell'economia procedurale si rivela fuori discussione. Non sarebbe sostenibile, del resto, ammettere l'operatività dell'istituto laddove la liquidità- e dunque la certezza- di una delle due posizioni creditorie non sia *ab origine* incontrovertibile.

Ragionevolmente, infatti, la quasi totalità degli interpreti annoda il connotato della liquidità a quello della certezza del credito, senza però cadere nell'equivoco di considerare la stessa liquidità alla stregua di incontestabilità: d'altra parte, non si può fare a meno di convenire sul fatto che non ogni contestazione priva una dimensione giuridica della certezza, ma soltanto quella seria (cfr., a questo proposito, PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja- Branca, 1975, 496, la cui impostazione ermeneutica plasma l'impianto motivazionale di Cass. Sez. Un., 5 giugno 1975, n. 2234, stando al quale la contestazione dell'esistenza o dell'ammontare del credito opposto in compensazione, tranne che appaia *prima facie* pretestuosa, ne esclude la liquidità). Sarebbe il caso di aggiungere, ove mai ve ne fosse bisogno, che un simile approccio- sonoramente disatteso dalla sentenza che ha sollecitato l'emissione dell'ordinanza interlocutoria- si dimostra senz'altro coerente all'assunto, di derivazione almeno galileiana, per il quale non si può predicare la certezza di una grandezza che non sia quantificabile o misurabile: il difetto di liquidità, insomma, impedisce non soltanto il funzionamento della compensazione legale, ma preclude anche la possibilità di estrapolare dalle

increspature di un credito *sub indice* il requisito implicitamente essenziale della sua certezza.

All'ombra di queste osservazioni di taglio istituzionale che saranno rispolverate più avanti, va sin d'ora posto in risalto- e si tratta, ad onor del vero, di uno degli aspetti correttamente valorizzati dall'indirizzo giurisprudenziale minoritario favorevole alla compensabilità del credito *sub indice*- che la compensazione spicca, tra i modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, per la sua funzionale inclinazione alle dinamiche processuali. Detto altrimenti, quest'istituto riproduce un congegno rimediale intimamente avvinto al processo, soprattutto in considerazione del fatto che il concreto dispiegarsi della dimensione empirica svela che assai raramente esso si avvera mediante un semplice accordo contabile stragiudiziale. Essendo il suo terreno di elezione quello processuale, sembra proprio il frutto di un'incontenibile ridondanza interrogarsi sulla presunta natura negoziale della dichiarazione della parte di voler compensare (per uno spaccato del fluviale dibattito scaturito da un'esplicita presa di posizione del legislatore tedesco al § 388 BGB cfr., per tutti, NATOLI, *In tema di compensazione legale secondo il nuovo codice civile*, in *Foro it.*, 1948, IV, 58), in quanto la deduzione del controcredito in sede giudiziale altro non è che una semplice eccezione, recante le sembianze del diritto potestativo ed in tutto e per tutto analoga a quella di prescrizione o di estinzione del processo (illuminanti sul punto le considerazioni di SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1966, I, 153; sulla polisemia dell'eccezione in ambito processuale cfr., invece, RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, Roma, 2015). Ecco perché, allora, sarebbe più corretto affermare che la coesistenza dei crediti non segna tanto l'estinzione delle reciproche poste debitorie quanto il momento in cui il diritto alla compensazione può esser fatto valere, tant'è vero che, ove l'eccezione non fosse sollevata, nulla scalfirebbe il vincolo obbligatorio. Ciò basta a diradare la coltre di quella presunta nonché insussistente contraddizione tra l'automatismo legale del meccanismo

compensativo ed il divieto della rilevanza d'ufficio prescritto dall'art. 1242, primo comma, c.c., ancor più di quanto possa fare il riferimento al successivo art. 1251 c.c. (norma volta prevalentemente ad approntare un'efficace tutela nei confronti dei terzi e soltanto in misura marginale, a differenza di quanto ritenuto, tra gli altri, da NIVARRA, *Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2011, 54, idonea ad offrire ancoraggi positivi per la ricostruzione- propugnata tra l'altro dallo stesso NATOLI, *op. cit.*, 58- dell'eccezione di compensazione alla stregua di una sorta di *condicio iuris* utile alla produzione degli effetti estintivi già comunque perfezionatisi al momento della coesistenza).

Un vero e proprio temperamento alla cogenza del requisito della liquidità- e soltanto di questo- è stato apportato dalla codificazione del 1942, che ha impresso, rompendo il silenzio del codice previgente, alla compensazione giudiziale una dignità normativa nettamente distinta da quella riservata alla compensazione legale. Proprio questa differenziazione è deliberatamente trascurata dall'orientamento giurisprudenziale che ha provocato una crepa al granitico indirizzo prevalente, nella parte in cui sostiene che i margini d'irriducibilità tra le due forme di compensazione atterrebbero in via esclusiva al diverso *modus procedendi* dell'organo giudicante, indipendentemente dalla situazione di totale o parziale contestazione del controcredito e, quindi, della sua liquidità. In buona sostanza, nell'ottica di Cass. 17 ottobre 2013, n. 23573, l'art. 1243 c.c., pur mantendendo distinte nella rubrica compensazione legale e giudiziale, finisce non già per alludere a due diversi fenomeni *quoad effectum*, bensì solo a due diverse modalità di accertamento da parte del giudice, il quale, nel caso di credito liquido e non contestato, basa l'accertamento su tale evidenza processuale, mentre, in caso contrario, deve dar corso alla stessa attività mediante l'istruzione cui è sollecitato.

Ora, una simile variazione sul tema non è certo il risultato di un estro argomentativo iperuranico, essendo al contrario l'esito di una rivisitazione, inficiata però dal travisamento di alcune disposizioni del codice di procedura civile, dell'opinione di SCHLESINGER, *Compensazione (Voce)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, III, 729. L'idea ivi espressa muove dalla premessa, comune ad ogni

species compensativa, che il requisito della certezza non dovrebbe preesistere al giudizio affinché possa dichiararsi l'effetto estintivo e che, pertanto, nulla osterebbe alla compensabilità di un credito consacrato in un titolo giudiziale non passato in giudicato o provvisoriamente eseguibile. Nondimeno, il difetto del requisito di liquidità- che, secondo la concezione senza dubbio più condivisibile, è inestricabilmente legato a quello della certezza- non può in alcun modo ritenersi integrato in presenza di un provvedimento provvisoriamente esecutivo, poiché soltanto all'esito dell'intera trafila processuale il credito opponibile in compensazione può definirsi cristallizzato nel suo preciso ammontare.

D'altro canto, è incontrovertibile che la linea di discriminare tra la compensazione che matura *ope legis* (cd. legale) e la compensazione che si realizza mediante un giudizio di fatto che quantifica il controcredito di facile e pronta liquidazione (cd. giudiziale, la quale non va confusa con la compensazione *nel giudizio* che- come appurato- è anche quella legale) scorre lungo il crinale della lite: laddove, infatti, nella prima fattispecie la liquidità è anteriore al processo, nel solco della seconda ipotesi, invece, essa ne è una conseguenza (giurisprudenza costante sin da Cass., 14 marzo 1964, n. 579). Né avrebbe senso indugiare, come dimostra di voler fare la stessa Cass. 17 ottobre 2013, n. 23573, sulla sterile disputa concernente la consistenza ontologica delle sentenze costitutive, in quanto è fin troppo evidente che la tassonomia imbastita dai processualcivili non esclude affatto che nel cuore del provvedimento costitutivo riecheggi un imprescindibile momento di accertamento, il quale, tuttavia, nulla toglie al fatto che la liquidità scaturisce da una decisione tutt'altro che meramente dichiarativa (come invece è quella che si limita, al cospetto della relativa eccezione, ad accertare la sussistenza di tutti i requisiti per il perfezionamento della compensazione cd. legale).

Né sarebbe coerente rintracciare la distinzione tra le due figure nelle striature di una norma quale l'art. 35 c.p.c., che si presta a disciplinare unitariamente la compensazione nel giudizio e, dunque, sia quella legale che quella giudiziale (cfr.

DI PRISCO, *Compensazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1984, IX, 337, sulla scia di quanto argomentato da RAGUSA MAGGIORE, *Compensazione (Voce)*, *cit.*, 22). La disposizione è evocata da Cass. 17 ottobre 2013, n. 23573 come valvola di scorrimento dei principi di effettività della tutela e di concentrazione delle decisioni giudiziarie, nella misura in cui consentirebbe, insieme con il ricorso ai meccanismi della riunione dei procedimenti *ex art.* 274 c.p.c. oppure- ove praticabile- *ex art.* 40 c.p.c. e, come *extrema ratio*, della sospensione *ex art.* 295 o 337, secondo comma, c.p.c. preceduta dalla decisione sul credito principale mediante lo stratagemma della condanna con riserva, la deducibilità in compensazione di un credito ancora litigioso.

Lo sforzo ermeneutico, sebbene astrattamente apprezzabile, dovendo confrontarsi con i rigorosi e razionali steccati codicistici non può, inevitabilmente, fare a meno di travolgerli. Ed infatti, va puntualizzato che l'art. 35 c.p.c. si limita a regolare i rapporti tra la lite in cui viene introdotta l'eccezione di compensazione e la competenza del giudice. Si tratta, insomma, di una disposizione necessaria al fine di evitare che, opposto in compensazione un credito contestato, l'organo giudicante, anche se il convenuto non chiede la condanna della controparte per l'eventuale differenza, ficchi il naso su una materia sfuggente alla sua competenza per valore. E ciò indipendentemente dal fatto che si versi in materia di compensazione giudiziale (e dunque di pronta e facile liquidazione del credito) o di compensazione legale (atteso che, dinanzi ad una contestazione potenzialmente pretestuosa sull'esistenza del controcredito, il giudice è comunque chiamato ad esprimersi, con tutto quello che ne deriva in ordine alle modificazioni di competenza per ragione di connessione). Pertanto, il tessuto normativo scandagliato non lascia alcuno spiraglio per l'instaurazione di un rapporto d'integrazione sistematica tra l'art. 1243 c.c. e la menzionata disposizione processuale.

A ben vedere, d'altronde, l'art. 1243 c.c. non sarebbe neanche da intendersi- a dispetto di quanto è dato rinvenire persino in seno al corso giurisprudenziale più ortodosso- norma speciale rispetto a quelle contenute nel codice di procedura,

giacché è essa stessa l'*unica disposizione* rintracciabile entro la cornice ordinamentale deputata al governo dell'estinzione del rapporto obbligatorio. Esclusa recisamente la riconducibilità del credito *sub iudice* sotto l'ombrello dell'operatività della compensazione legale, non resta, dunque, che esaminarne l'eventuale adattabilità allo schema di quella giudiziale, tratteggiata dal secondo comma del medesimo art. 1243 c.c.

Come già adombrato, tale sentiero è percorribile soltanto qualora il credito opposto sia di facile e pronta liquidazione (e, di conseguenza, non allorché l'esistenza e l'ammontare del credito dipendano, ad esempio, dall'esperimento di mezzi istruttori come la prova testimoniale o dallo svolgimento di una perizia o quando, seppur parte della giurisprudenza non sia concorde sul punto, si possa provvedere all'accertamento soltanto mediante giuramento decisorio o interrogatorio). In questo frangente la dichiarazione di voler compensare passa attraverso una sentenza costitutiva tendente al contemperamento di due opposti interessi: quello del titolare del credito liquido a non attendere la liquidazione del debito illiquido oppostogli in compensazione quando questa appaia complessa e quello del titolare del credito illiquido a non eseguire il pagamento se la liquidazione appare pronta e facile (cfr., sotto quest'aspetto, l'efficace esposizione di NALDI, *Compensazione legale e credito sub iudice*, in *Iurisprudentia.it*, 2015, 4).

Così stando le cose, è palese che il provvedimento giudiziale in questione- avente, beninteso, efficacia *ex nunc* – non si presta a rimuovere un ostacolo alla configurazione della compensazione legale (il che equivarrebbe a negare alla compensazione giudiziale la sua autonomia), bensì consente alla parte che ha eccepito il controcredito di beneficiare dell'effetto estintivo, che ovviamente si riallaccia non al momento della coesistenza ma a quello dell'emanazione della sentenza costitutiva. Il giudice, inoltre, può, da un lato, pur sempre dichiarare la compensazione per la porzione del credito riconosciuta esistente e, dall'altro, sospendere la condanna per il credito liquido sino all'accertamento di quello

opposto in compensazione. Nella seconda delle ipotesi enunciate, rivelandosi comunque ineludibile acclarare l'esistenza del controcredito (a differenza di quanto sostenuto da SCHLESINGER, *op. cit.*, 729, il quale, sulla scorta di un'intuizione dal vago sapore filologico, ritiene che la compensazione giudiziale escluda un giudizio sull'*an*, giacché il termine "*accertamento*" presente nell'ultimo inciso dell'art. 1243 c.c. sarebbe stato adoperato come espressione sinonimica di "*liquidazione*" per evitare la ripetizione di quest'ultimo vocabolo), si è al cospetto di una sospensione meramente cautelativa incompatibile con quella dell'intero processo contemplata dagli artt. 295 e ss. c.p.c., anche perché- come giustamente rilevato da SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1959, 39- l'intreccio di crediti alla base del meccanismo compensativo dà vita ad un caso di connessione meramente estrinseca, irriducibile alla categoria della pregiudizialità.

Quanto appena osservato induce a scartare la compensabilità del credito *sub iudice* anche con riferimento alla dimensione descritta dal secondo comma dell'art. 1243 c.c., dal momento che il legislatore ha volutamente consegnato alla sensibilità del giudice dinanzi al quale viene sollevata l'eccezione di compensazione l'opportunità di valutare la pronta e facile liquidabilità del controcredito (salvo, chiaramente, il regime di modificazione della competenza allestito dall'art. 35 c.p.c. per tutte le fattispecie compensative). E, d'altronde, non potrebbe essere altrimenti, in quanto un provvedimento non definitivo (o comunque, più in generale, la pendenza di un controversia attinente all'esistenza ed alla determinazione del controcredito presso un altro giudice) esclude alla radice facilità e prontezza dell'operazione di liquidazione, la cui immediata fluidità nemmeno i congegni atti alla realizzazione del cd. *simultaneus processus* potrebbero assicurare.

La *ratio* sottesa a questa rigorosa lettura dell'ordito codicistico sembra, peraltro, trovare un addentellato sistematico tra le sfaccettature funzionali dell'istituto trattato, le quali, ove opportunamente esaminate, portano ad asserire che la posizione del soggetto legittimato ad opporre la compensazione è addirittura più vantaggiosa di quella offerta da qualunque altro diritto reale di garanzia: a costui è, infatti, concesso di realizzare la sua pretesa al riparo da ogni forma di concorso di

altri creditori (cfr., per quest'interessante osservazione, INZITARI, *op. cit.*, 329). Ciò induce a ritenere che questo modo di estinzione del rapporto obbligatorio diverso dall'adempimento esiga un delicatissimo temperamento degli interessi in gioco, idoneo a sottrarre alle censure di irragionevolezza e di lesione del diritto di difesa una disciplina normativa particolarmente rigida. È senz'altro auspicabile, pertanto, che le Sezioni Unite, raccogliendo il prezioso monito formulato anche da Cons. Stato, Ad. Plenaria, 29 gennaio 2014, n. 6 con riferimento ai sempre più fragili argini di contenimento della giurisdizione esclusiva, non valorizzino ipertroficamente i canoni di effettività della tutela e di concentrazione delle decisioni giudiziarie posti a fondamento della pronuncia che ha sollecitato l'ordinanza di rimessione. Qualora ciò non dovesse verificarsi, il rischio di un'obliterazione del dettato codicistico sarebbe ancora più prossimo a tradursi in desolante concretezza, magari sotto le spoglie di quel pernicioso fenomeno etichettabile, mutuando la fraseologia di PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1173, come "costituzionalizzazione" delle regole del giudizio civile, in virtù del quale si giustifica, sempre più frequentemente, un pericoloso *maquillage* ermeneutico scollato dal tenore di chiare ed inequivocabili proposizioni prescrittive.

Questa Nota può essere così citata:

S. ALECCI, *La questione della compensabilità del credito «sub iudice» al vaglio delle Sezioni Unite. Il «giusto processo» oltre gli steccati codicistici?*, in *Dir. civ. cont.*, 10 gennaio 2016